

Relações de Gênero no Mercado de Trabalho: Uma Abordagem da Discriminação Positiva e Inversa

Aldacy Rachid Coutinho

Mestre e Doutora/UFPR, Professora de Direito do Trabalho/UFPR e IBEJ,
Advogada e Procuradora do Estado do Paraná.

1. Divisão sexual do trabalho

1. Na estrutura de oportunidades no mercado de trabalho as diferenças de gênero, ao lado das diferenças de raça, são constitutivas e reveladoras do estágio atual do processo de democratização da sociedade brasileira, delimitando uma “(...) recompensa social e simbólica”.¹ A pouca visibilidade da segregação resulta do mascaramento ou dissimulação² por uma suposta evidência de “(...) diferença biológica, qualidades pessoais ou opções individuais”³ que não permite o reconhecimento de desigualdades de gênero, exurgindo uma resistência difícil de ser quebrada.

A construção social das identidades é sexuada e contextualizada em uma inter-relação com a raça e a classe social em um

espaço de dominação cultural “androcêntrica e eurocêntrica” que determina os parâmetros da edificação das desigualdades.

A divisão sexual de tarefas não é traduzida pelo que as mulheres tem a possibilidade física ou capacidade intelectual de fazer, mas é constitutiva do que elas *devem* fazer, arbitrariamente, segundo uma imagem social da condição feminina.

Por meio de um processo de racionalização das desigualdades, classificam-se as pessoas sob o *discrímen* do mérito social e/ou econômico, subvertendo a questão da diferença, tida como reconhecimento do outro enquanto tal, como constitutivo de si mesmo, em forma de subordinação e exclusão. Agregue-se que a família e a escola

1. VALENZUELA, María Elena. *Igualdade de oportunidades...*, p. 150.

2. Afirma Vera Regina Pereira de Andrade que “a desocultação feminista da violência, ao ir revelando uma enorme margem da avitimização feminina que permanecia oculta, foi decisiva para que determinados problemas, até então considerados privados (...) se convertessem em problemas públicos (devendo merecer a atenção do Estado) (...)”. ANDRADE, Vera R.P. *Violência...*, p. 207.

3. VALENZUELA, María Elena. *Igualdade de oportunidades...*, p. 149.

participam na organização capitalista de mercado da reprodução dos critérios de divisão sexual de trabalho, inclusive qualificando e habilitando diferentemente homens e mulheres ao desempenho de determinadas tarefas.⁴

Nenhuma forma de divisão sexual do trabalho, quer por atividade, quer por funções específicas no processo de produção, é "natural". A expressão do modo de produção social é de ordem cultural e, portanto, variável historicamente.⁵ A opacidade da exclusão de gênero vem dessumida pelos códigos de conduta distribuídos nessas estruturas sociais aos membros da sociedade por "(...) mecanismos 'históricos' responsables de la 'deshistorización' y de la 'eternización relativas' de las estructuras de la división sexual y de los principios de división correspondientes".⁶ Assim, "(...) não é um atributo individual, senão algo que se adquire em interação com outros, sendo portanto, mais que um papel que vai contribuir para a reprodução da ordem social".

Um dos argumentos trazidos à baila para explicar racionalmente tal divisão é, como marco simbólico, o lugar específico que as mulheres ocupam no processo de reprodução da vida, eis que a procriação ocorre no interior de seu próprio corpo e a alimentação do recém-nascido depende primordialmente da aleitação materna. Seria inerente à sua condição que as tarefas

de "reprodução" ficassem a seu encargo, tal como as tarefas domésticas.

Os homens, da sua parte, pela dita superior capacidade física (maior força), teriam um acesso privilegiado aos meios de destruição, às técnicas de uso da violência para preservação da sua família, provendo-a com alimentação e segurança, sendo também inerente à sua condição a atribuição de funções produtivas.⁷

2. Tradicionalmente, então, o gênero é tomado para estabelecer na sociedade a separação central entre *trabalho produtivo e remunerado* e *trabalho doméstico e reprodutivo*. As mulheres são responsáveis nos estamentos sociais pelo trabalho meramente reprodutivo, de âmbito doméstico, ligado diretamente à conservação da estrutura familiar e desvalorado em uma sociedade de mercado que preza o valor de troca. Os homens passam a ocupar um lugar de primazia na organização política e econômica.

Notadamente com o aparecimento da indústria como forma dominante de produção social no regime capitalista, ao ingressar no mercado de trabalho realizando trabalhos produtivos e remunerados, as mulheres não deixam de ser responsáveis pelos trabalhos domésticos e reprodutivos.

"A mulher 'trabalhadora', em geral, realiza a sua atividade de trabalho 'duplamente', 'dentro e fora de casa' ou, se quisermos, 'dentro e fora da fábrica'. E,

4. ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos...*, p. 109.

5. VALENZUELA, María Elena. *Igualdade de oportunidades...*, p. 151.

6. BOURDIEU, Pierre. *La dominación...*, p. 8.

7. GODELIER, Maurice. *Trabalho...*, p. 24-5.

ao fazê-lo, além da 'duplicidade do ato do trabalho', ela é duplamente explorada pelo capital: desde logo por exercer, no 'espaço público', seu trabalho 'produtivo' no âmbito fabril. Mas no universo da 'vida privada', ela consome horas decisivas no 'trabalho doméstico', com o que possibilita (ao mesmo capital) a sua 'reprodução', nessa esfera do trabalho 'não diretamente mercantil', em que se criam as 'condições indispensáveis para a reprodução da força de trabalho de seus maridos, filhos(as) e de si própria.'⁸

Outrossim, são as tarefas "inferiores" que acabam destinadas às mulheres, à espelha do trabalho doméstico ou, talvez, as tarefas destinadas às mulheres parecem ser "inferiores", qualquer que seja essa tarefa, como ressaltou GODELIER.⁹

Diante da organização produtiva, as atividades de concepção – trabalho intelectual – ou as baseadas em *capital intensivo*, com maquinário mais avançado, são desempenhadas predominantemente pelo trabalho masculino, restando à condição feminina e demais grupos minoritários as fundadas em *trabalho intensivo* – trabalho manual –, funções de baixa qualificação e mais elementares, rotinizadas, estabelecendo, como adverte ANTUNES, uma nova divisão sexual de trabalho.¹⁰

A adoção dos novos paradigmas produtivos, com a superação do modelo fordista-taylorista, desconhece qualquer al-

teração na relação de gênero, permanecendo na organização do trabalho políticas diferenciadas segundo o sexo. Ao contrário da avaliação dos novos modelos de organização, com a especialização flexível e o toyotismo, resulta a conclusão que "(...) 'na divisão sexual do trabalho' operada pela reestruturação produtiva do capital na empresa pesquisada (por Pollert) podia-se perceber uma exploração ainda mais intensificada no universo do trabalho feminino (...)". Mesmo nas unidades tecnologicamente mais desenvolvidas, nos setores industriais de ponta, o trabalho feminino está concentrado em atividades rotinizadas com menor índice de qualificação e maior precarização do vínculo de emprego.¹¹ Permanece a masculinização na reestruturação produtiva que vem determinar um novo ciclo de organização do trabalho no qual antigas defasagens somam-se a novos mecanismos de desigualdade, segregação e segmentação ocupacional.¹²

3. Da mesma forma há uma distribuição de ocupações e posições na sociedade em função do gênero. Nesse ponto encontramos "funções masculinas" e "atividades tipicamente femininas", estas em geral de menor prestígio social e inferior remuneração, gerando formas de exploração tipicamente sexista. É o gênero como forma representativa das relações de poder em que o domínio masculino – opressão – é apresentado como natural e inquestion-

8. ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos...*, p. 108.

9. GODELIER, Maurice. *O trabalho...*, p. 25.

10. ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos...*, p. 106-108.

11. cf. pesquisas de Hirata e Pollert. ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos...*, p. 105.

12. DELGADO, Didice G.; CAPPPELLIN, Paola; SOARES, Vera. (Org.). *Mulher e trabalho...*, p. 13-4 v.

nável.¹³ “A materialidade da tarefa não tem aqui importância nenhuma, embora sirva sempre como pretexto ‘objetivo’ para demonstração de uma relação de dominação social entre os sexos.”¹⁴

O Brasil, segundo VALENZUELA, que possui uma das distribuições de renda mais desiguais do mundo (PNUD, 1997), confirma que a “distribuição de riqueza tem fisionomia de raça e gênero”, pois a proporção de negros pobres duplica em relação aos brancos e as famílias chefiadas por mulheres, em especial, por mulheres negras, revelam uma pobreza maior.¹⁵

2. Situação da mulher no mercado

1. A partir dos anos 70, em decorrência da crise do petróleo e do processo de mundialização do capital e, em especial nos anos 90, o mercado de trabalho passa a enfrentar uma crise interna e externa. Altas e crescentes taxas de desemprego, desenvolvimento e incorporação rápida dos avanços tecnológicos em disparidade de condições entre países de capitalismo avançado e tardio, implementação de reestruturação produtiva e alteração da organização econômica em nível mundial,

dentro de um quadro de flexibilização da regulamentação jurídica do emprego e fragmentação do paradigma laboral, são indicativos de um momento de reajuste pelo qual passa o mercado de trabalho. O Estado neoliberal, carente de políticas públicas, posiciona-se como espectador de um quadro desolador.

A pressão feminina sobre o mercado de trabalho neste ambiente cresce em ritmo sustentado e linear nos últimos anos,¹⁶ independente do nível de atividade econômica, embora continue baixa, mantendo-se em uma média de 40% de participação dentre a população economicamente ativa (PEA).¹⁷ De qualquer sorte, algumas novidades, no que tange ao emprego feminino, são reveladoras de modificações já em fins da década de 80.

Em primeiro lugar, constata-se que *a queda de níveis de emprego afeta negativamente mais o emprego masculino do que o feminino*. Durante esse período houve uma flexibilização das relações de emprego com maior precarização e menor segurança e proteção social, junto a um processo de dessalariamento em curso.

Note-se que de 1985 a 1995 a taxa de crescimento do emprego feminino cres-

13. ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos...*, p. 109.

14. GODELIER, Maurice. *O trabalho...*, p. 25.

15. VALENZUELA, María Elena. *Igualdade de oportunidades...*, p. 152.

16. Nos Estados Unidos estima-se que 73% das mulheres trabalham para sustentar a família. PATE, Kimberly. *Ação afirmativa...*, p. 98.

17. Em 1979 era de 37% a participação feminina no mercado de trabalho, atingindo em 1995 51% em zonas urbanas em todo o país; por grupos de idade aumentou significativamente no Brasil, segundo dados da Comissão econômica para América Latina e Caribe, de 1998: de 25 a 34 anos, de 44% em 1979, para 63% em 1995. VALENZUELA, María Elena. *Igualdade de oportunidades...*, p. 155. ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos...*, p. 105.

ceu 3,68% ao ano, quando a do emprego total somente atingiu patamares de 2,37%. De 1985 a 1990, período de forte instabilidade econômica no Brasil, o emprego total cresceu 3,26% mas o emprego feminino atingiu percentuais de 4,55%. No período sucessivo, que vai de 1990 a 1995, no qual houve uma intensificação e abrangência da reestruturação produtiva em um ambiente econômico de recessão em alguns setores, o emprego total cresceu 1,50% enquanto que o emprego feminino apresentou taxas superiores, em torno de 2,82%.

Ocorre que a participação das mulheres já ocorria, preponderantemente, em situações de precariedade e informalidade¹⁸ e, por conseguinte, a transformação geral do mercado de trabalho para uma situação menos estável e menos promissora não altera em nada uma situação real já antes verificável para a condição feminina. As mulheres tendem a aceitar situações menos vantajosas na medida em que o trabalho produtivo é um *plus*, simplesmente agregado ao trabalho doméstico que deve realizar. Daí notar-se que o trabalho feminino é absorvido preferencialmente no trabalho *part time* e intensificadamente precarizado e desregulamentado.¹⁹

Em segundo lugar, as taxas de desemprego que sempre afetaram igualmente homens e mulheres, variando até final dos anos 80 dentro de uma faixa entre 2,7% e 3,7%, passa a afetar mais as mulheres nos

anos 90. Segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (PNAD) de 1996, em 1991 a taxa média de desemprego feminino era de 4,85% e dos homens 4,79%, ou seja, semelhantes. Já em 1996, surgiram tendências opostas, com um descolamento, passando o desemprego a atingir mais as mulheres. A taxa média de desemprego feminino passa a 6,09% e a masculina permanece no mesmo padrão, gravitando ao redor de 4,79%.

As mulheres são e tenderão a ser mais afetadas pelo desemprego:²⁰ se do total de desempregados em 1991, 38,78% eram mulheres, o percentual atinge 45% em 1997. Em 1998, 1 (uma) em 2 (duas) mulheres entre 25 a 65 anos trabalha ou procura emprego, ao passo que o percentual chega a 86% entre os homens. Com o aumento do exército de reserva e uma diminuição do poder aquisitivo nas famílias, assim como em decorrência de mudanças culturais que não mais identificam o ambiente doméstico como o único espaço da condição feminina, há maior pressão da participação das mulheres no mercado de trabalho. Ocorre que o setor terciário, que sempre absorveu mais a mão-de-obra feminina, sofre uma retração de oportunidades de emprego. Há, ainda, uma tendência à diminuição das taxas de atividade em trabalhos intensivos, manuais. O desemprego no trabalho feminino, portanto, tende a crescer.

18. DELGADO, Didice G.; CAPPPELLIN, Paola; SOARES, Vera. (Org.). *Mulher e trabalho...*, p. 13.

19. ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos...*, p. 105.

20. LAVINAS, Lena. *As recentes políticas...*, p. 179-180; DELGADO, Didice G.; CAPPPELLIN, Paola; SOARES, Vera. (Org.). *Mulher e trabalho...*, p. 13.

Os homens, por outro lado, são e tenderão a ser mais afetados pela precarização e dessalariamento em curso, percebido pelo aumento do trabalho autônomo e redução dos empregos assalariados formal e informal. A diminuição dos níveis de proteção ocorre na generalidade dos postos de trabalho, quer se trate de trabalho intelectual, quer manual e em todos os setores de atividade.

2. A segregação de gênero se expressa também na forma de particularidades, de forma velada e dissimulada pela divisão do mercado de trabalho, através de processos de contratação de mão-de-obra e promoção funcional, bem como mediante distinta valorização de ocupações, produzido por normas sociais e culturais.

Dentre as características da ocupação feminina no mercado de trabalho está a *permanência segregacional por sexo nas ocupações, com forte concentração em alguns ramos e alguns setores*. Há, segundo VALENZUELA, uma “ (...) segmentação do mercado de trabalho (...) através da concentração das mulheres em um conjunto reduzido de ocupações, definidas tradicionalmente como femininas (*segmentação horizontal*) e em postos de menor hierarquia no interior de cada ocupação – menor salário, prestígio e poder de decisão (*segmentação vertical*)”.²¹

Em 1996, mais de 50% da ocupação feminina estava concentrada no setor de serviços, em serviços pessoais, administração pública de serviços sociais, serviços de

saúde e ensino público e privado, em situação idêntica à já verificada no ano de 1985. Aliás, 60% das atividades públicas de ensino, pesquisa, saúde e comércio são desempenhadas por trabalho feminino; um terço do trabalho empregado em serviços pessoais é realizado por mulheres.

Em oposição, há pouca representação comprovada por um percentual de menos de 5% de trabalho feminino desempenhado nos empregos tradicionalmente dominados pelo trabalho masculino, como construção civil, setor de transportes e ramos específicos de serviços como recuperação e conservação em setor elétrico, veículos e instalações em geral.

No setor público há forte presença do trabalho feminino, revelado por um percentual de 53,2%, ainda que 80% dos empregos das mulheres estejam inseridos no setor privado. É que o melhor nível médio de escolaridade das mulheres possibilita uma participação mais forte nos concursos públicos, bem como há uma concentração mais acentuada no domínio público de atividades não tradicionalmente desempenhadas por homens.

A disparidade salarial em gênero, entretanto, é encontrada tanto no setor público como no privado, pois traduz uma segmentação cultural na valorização das ocupações, mais do que uma diferença de capital humano por nível de escolaridade. Ainda que tenham níveis de escolaridade idênticos,²² habilidades ou fatores individuais

21. VALENZUELA, María Elena. *Igualdade de oportunidades...*, p. 153.

22. Nos Estados Unidos, por exemplo, dados apontados por PATE dão conta que no mundo empresarial os executivos recebiam em média US\$ 102 mil a mais na média salarial anual. PATE, Kimberly. *Ação afirmativa...*, p. 100.

semelhantes, a discriminação valorativa é cultural²³ e, embora em geral não se apresentem em uma mesma ocupação e estabelecimento, sempre vem acompanhada de uma segregação no interior no local de trabalho²⁴ com condições gerais de trabalho (direitos, percentuais remuneratórios) inferiores.²⁵

As diferenças são mais facilmente identificadas por nível de escolaridade, sendo que as pessoas com níveis de educação baixa quase nunca ocupam empregos de maior prestígio ou renda, vindo a aparecer diferenças de gênero após uma escolaridade mínima de 5 (cinco) anos. Entre trabalhadores de pouca escolaridade, assim entendido como cursado até o 1º grau, a diferença é maior no setor público (44%), ao passo que entre trabalhadores titulares de curso superior, o hiato salarial é maior no setor privado (50%). A dispersão salarial decorre da existência de barreiras ainda que veladas no setor privado para mobilidade funcional ascendente na hierarquia funcional.

Comenta VALENZUELA que “estima-se que cada ano de escolaridade adicional traz uma tendência a elevar o nível salarial médio de um trabalhador em 15%,

porém com menores retornos para aqueles com menos de quatro anos de estudo e com maiores para os que se situam no cume da pirâmide educacional”.²⁶

De 1992 a 1998 houve uma tendência de crescimento da renda média independente do gênero. Entretanto, é de se ressaltar que quando há crescimento salarial, por força de um período econômico favorável, a recuperação salarial é superior para os trabalhadores do sexo masculino. Os homens sempre obtêm recursos mais elevados como contraprestação pelo trabalho em um grau de escolaridade,²⁷ agregando maior valor à força de trabalho tanto no setor público como no privado. Mantém-se um grau de escolaridade de diferença, mesmo que as mulheres economicamente ativas tenham um nível de educação mais alto que os homens;²⁸ em geral, a diferença é, em favor das mulheres, de 0,6 a mais anos de educação do que os homens.

Em 1990, 35% das mulheres urbanas ocupadas tinham 10 ou mais anos de estudo, sendo que somente 22,1% dos homens se enquadravam na mesma situação.²⁹ Assim, o ganho no setor privado de uma trabalhadora mulher que possui como escolaridade 2º grau completo é, em média,

23. VALENZUELA, María Elena. *Igualdade de oportunidades...*, p. 161.

24. Afirmam Petersen e Morgan em um estudo realizado em 1995, nos Estados Unidos, que a “(...) brecha salarial entre homens e mulheres que exercem uma mesma ocupação numa mesma instituição é mínima”. Segundo conclusões dos estudos de Posthuma e Lombardi, “as mulheres trabalhavam em áreas separadas, eram colocadas em posições que requeriam pouca capacitação e responsabilidade, tinham salários menores, e o clima organizacional tendia a reproduzir subordinação da mulher no trabalho”. VALENZUELA, María Elena. *Igualdade de oportunidades...*, p. 154-5.

25. ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos...*, p. 105.

26. VALENZUELA, María Elena. *Igualdade de oportunidades...*, p. 159.

27. VALENZUELA, María Elena. *Igualdade de oportunidades...*, p. 160; LAVINAS, Lena. *As recentes políticas...*, p. 189.

28. DELGADO, Didice G.; CAPPELLIN, Paola; SOARES, Vera. (Org.). *Mulher e trabalho...*, p. 13.

29. VALENZUELA, María Elena. *Igualdade de oportunidades...*, p. 160.

R\$ 452,07, semelhante ao que o trabalhador homem recebe tão-só com 1º grau completo, isto é, R\$ 477,28.³⁰ Nesta tendência constante identifica-se uma dimensão estrutural, sendo que o único grupo de escolaridade que foge à regra é o universitário, com real poder de barganha.

3. As políticas públicas para geração de renda e melhoria das condições de trabalho não levam em conta as desigualdades de gênero, tendo, inclusive, pouca efetividade e alcance no atendimento de seus escopos.³¹ Em 1996 o Ministério do Trabalho criou uma comissão para lutar contra todas as formas de discriminação no mercado de trabalho, denominada de Grupo de Trabalho contra Discriminação no Emprego e na Ocupação (GTDEO), sem qualquer plano de ação concreto, atuando precipuamente na divulgação de práticas discriminatórias e na organização de seminários.

O Programa de Geração de Emprego e Renda – PROGER, o Plano Nacional de Qualificação do Trabalhador – PLANFOR, o Sistema Nacional de Emprego – SINE e o Seguro-Desemprego têm escassas informações das relações de gênero e, ademais, mesmo que os eventuais dados desta ordem sejam coletados, não são analisados e interpretados para orientação de políticas públicas.

Os projetos de geração de renda que têm como público alvo as mulheres quase sempre desenvolvem atividades de baixa auto-sustentação, descontínuas e dentro de parâmetros de segregação por atividade ou ocupação. Critica LAVINAS que falta nas políticas públicas uma visão mais abrangente de como enfrentar as desigualdades de gênero nas atividades formais, quase sempre voltadas a uma maior flexibilização do emprego. Outrossim, “(...) surpreende imaginar que cabe ao Estado investir na capacitação de mulheres em atividades que elas já realizam de longa data e que não lhes dão nenhum grau superior de empregabilidade”.³²

A discriminação das mulheres no mercado de trabalho é de segregação ocupacional, ainda que estejam em vantagem pela maior escolaridade, sendo que inexistem políticas públicas efetivas de enfrentamento de relações de gênero.

3. Igual e não discriminado

1. Afirmou ARISTÓTELES, “(...) é um erro supor que os homens iguais em relação a algo, como a liberdade sejam iguais em tudo”,³³ “(...) a igualdade deve ser igual para os iguais”.³⁴ A noção de igualdade é concretizada inicialmente em uma concepção negativa, qual seja, não tratar de forma distinta os iguais. O direito, por meio de

30. Com 2º grau completo, a média é de R\$ 809,52. LAVINAS, Lena. *As recentes políticas...*, p. 191.

31. Não há, em verdade, política pública de gênero constitutiva no sistema público de emprego no Brasil. LAVINAS, Lena. *As recentes políticas...*, p. 202-3.

32. LAVINAS, Lena. *As recentes políticas...*, p. 186.

33. ARISTÓTELES. *Política*, p. 226.

34. ARISTÓTELES. *Política*, p. 234.

critérios de apreciação, não pode em princípio estabelecer um tratamento diferenciador, revelação de uma discriminação, tanto na criação como na aplicação. A verificação da igualdade ou distinção, todavia, aparentemente é tarefa de Sísifo. Afinal, homens e mulheres são diferentes, fisicamente; o direito não poderá tomar tal distinção, que é da natureza das coisas, como hábil e suficiente para estabelecer um tratamento desigual.

Por conseguinte, afirmar que todos são iguais somente poderia ser acatado se o referencial discriminatório fosse a natureza humana, única característica comum a todos os seres humanos. Tal assertiva, porém, é tautológica. Sendo meramente descritivo, acolher especificidades como *raça, gênero, idade*, leva necessariamente ao reconhecimento de desigualdades. Este é homem, aquela é mulher; há diferença de gênero; a afirmação da desigualdade é reconhecimento de um direito à diferença.

Assim, ao afirmar a igualdade deve-se ter em mente determinadas características pessoais ou, a distribuição feita por alguém entre outros dois ou, ainda, as regras que estabelecem como a distribuição deve ser efetuada.³⁵

O direito constrói e se mantém como estrutura pela categoria de sujeito de direito, pessoa virtual, recebendo a pessoa natural e a elaborada pessoa jurídica como capazes de ser titulares de direitos e obrigações na órbita jurídica.

O princípio da igualdade perante a lei, geral e abstrata, juridicamente surge

dentro de uma concepção de isonomia de aplicação da lei pelos tribunais e pela administração, exatamente em decorrência da igualdade de todo cidadão, reconhecendo todo ser humano, independente do sexo. Ninguém é mais ou menos sujeito de direito segundo parâmetros sexuais. Para além de uma igualdade formal, diante da lei, a igualdade enquanto valor passa a ser construída no espaço interno, como igualdade material na própria criação interna da lei.

Neste sentido, a dimensão liberal da igualdade vem traduzida juridicamente pelo princípio da isonomia na posição do cidadão diante do poder público e na dimensão geral e abstrata da normativa legal. Da superação da estrutura feudal e da abolição da escravatura, na nova ordem capitalista, há de se proibir o arbítrio e estruturar igual titularidade de direitos, mantendo-se um Estado absenteísta.

O Estado Democrático de Direito pressupõe o reconhecimento das desigualdades, garantindo direitos econômicos e sociais e, em princípio, políticas públicas de não-discriminação, proibindo e sancionando o tratamento desigualitário por gênero ou outro motivo ilegítimo.

A igualdade passa, com o Estado de Bem-Estar Social, a ser um valor jurídico representativo da superação ou negação das diferenças materiais entre os indivíduos.

2. Analisando a dimensão da igualdade, CANOTILHO³⁶ estabelece um princípio relacional, ou seja, o tratamento exige

35. OPPENHEIM, Felix E. *Igualdade*, p. 597.

36. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, p. 564-565

a averiguação de um setor real e fático – pessoas ou objetos ou situações –, que atendem a critérios ou medidas materiais e uma base para pressupostos de fato para tratamento igual ou distinto. A igualdade pressupõe um juízo e um critério de valoração.³⁷

A distinção deve se pautar por critérios objetivos e razoáveis, necessários e suficientes para tal e, ainda, não onerosos. Diante de eventual desigualdade, há de se resolver por diretivas fixadas em regras ou princípios constitucionais, sendo que os objetivos serão valorados por compatibilidade, mediante o estabelecimento de uma relação com as condições reais de vida, a liberdade real de iguais oportunidades. Tudo sempre de sorte a garantir a Justiça social e a concretização e eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Igualdade será, então, a aplicação do direito, a sua criação dentro do formal princípio da prevalência da lei e, da mesma forma, uma exigência de igualdade material através da lei que garanta a igualdade relacional.

Estas medidas positivas permitem ter como escopo a correção das desigualdades por um Estado Social que exerça suas funções promotoras. São medidas compensatórias corretivas de situações de fato enquanto estas forem reveladoras de uma desigualdade real, para supressão da desigualdade de fato social e econômica, atacando aspectos culturais surgidos nas contradições da história.

No critério de valoração há de se descartar qualquer arbitrariedade enquanto juízo, impondo-se ao tratamento de igualdade justa um fundamento sério, um sentido legítimo e uma diferença jurídica com fundamento razoável.

O fundamento antropológico e axiológico da discriminação positiva está identificado com: a) a compensação histórica de discriminações passadas; b) distintas oportunidades na concretude da via real, por fatores econômicos, sociais ou culturais; situações essas que levam à necessidade da correção de distintas condições reais e fáticas, com a obrigação de diferenciação segundo critérios de racionalidade e proporcionalidade para diferença material. Igualdade será igualdade de oportunidades e não uma igualdade formal – *equality of opportunity*.

3. Para que não seja apenas um ideal, o Estado deve por meio de políticas públicas efetivas *promover a igualdade de oportunidades entre pessoas de distintos sexos e corrigir as diferenças materiais de gênero* atribuindo-lhes diferentes tratamentos jurídicos, tendencialmente temporários, para vigorar na permanência da situação desfavorável até que os comportamentos sejam inovados.

A *Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação sobre a mulher*, determina um tratamento igualitário, identificando a discriminação contra a mulher em:

37. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, p. 565.

“(...) toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo que tenha por objeto ou por resultado menoscabar ou anular o reconhecimento, satisfação ou exercício da mulher, independentemente de seu estado civil, sobre a base da igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais nas esferas política, econômica, social, cultural e civil ou em qualquer outra esfera”.

A *Declaração e programa de ação de Viena*, como resultado da *Conferência Mundial de Direitos Humanos*, impõe em seu art. 15 “(...) a pronta e ampla eliminação de todas as formas de racismo e discriminação racial, da xenofobia e de outras manifestações anexas de intolerância (...)”.

Em verdade, não mais existem barreiras legais que, sob o manto protecionista, apenas a inserção da mão-de-obra feminina no mercado de trabalho após a promulgação da Constituição Federal de 1988. O fenômeno da homogeneização nas relações de gênero é, no entanto, puramente jurídico e teórico, pois diante da realidade concreta há constante discriminação sexista.

4. Igual porque discriminado

1. A superação da questão da igualdade sob o aspecto *formal e material* pela noção de *igualdade de oportunidades* assinala e justifica uma série de medidas políticas e jurídicas que alteram a estratégia de combate à desigualdade e permitem a adoção de ações afirmativas. O Estado, através de ações negativas e positivas, deve atuar para

eliminar desigualdades de fato e assegurar igualdade material, permitindo às pessoas que possam exercer seus direitos de forma semelhante à de todos os demais membros da sociedade.

Medidas legislativas puramente igualitárias de combate à segregação no mercado de trabalho têm eficácia diante de discriminações diretas, mas não contra tratamentos desiguais tomados a partir de estereótipos e segregação cultural que individualizam o sujeito para além de suas características pessoais, habilidades e capacidade.

Resulta necessário o estabelecimento pelo ordenamento jurídico de regras segundo as quais todos devem ser tratados igualmente, não somente perante a lei mas pela própria lei, não sendo válida a assunção das diferenças de gênero como fator discriminador. O mecanismo de detenção de posturas discriminatórias é o estabelecimento de condutas omissivas – daí ações negativas – garantidas por medidas punitivas, através de sanções civis ou penais, de natureza pecuniária ou outra, às vítimas. Tais ações não são reconhecidas como suficientes.

Diante da complexidade das relações sociais, as políticas de igualdade de oportunidades são canalizadas por ações afirmativas, dentro do próprio mercado de trabalho como ambiente no qual a segregação dissimulada se estabelece ou, em uma perspectiva mais ampla, em decorrência de uma abordagem que identifica que as desigualdades são antecedentes à própria apropriação da mão-de-obra.

Na primeira hipótese, a promoção visa a superação de disparidades salariais, capacitação e atualização profissionais, adoção de um sistema de cotas, políticas de recursos humanos voltada à admissão e promoção de grupos minoritários. Na segunda hipótese, há um trabalho social mais amplo, voltado precipuamente às condições sociais, com a adoção de serviços de apoio que permitam o reconhecimento da identidade social e desvantagem real.

2. O vocábulo inglês *discrimination* tem sua origem no Latim³⁸ *discrimino, avi, atum*, que significa separar, distinguir, diferenciar ou variar, mantendo a neutralidade no sentido. Todavia, *discrímen, inis* se traduz tanto por separação, como por momento decisivo e perigoso, auge do perigo, perigo grave, sentença decisiva, revelando desde logo uma conotação negativa. Afirma-se, então, que na evolução do conceito de discriminação, para combate de formas de discriminação indireta, é necessário acrescentar a expressão "positiva" para assinalar a distinção entre discriminar para excluir, sentido negativo, e discriminar positivamente, para realização e efetivação de direitos, em políticas de igualdade de oportunidades.³⁹ Discriminar, ainda mesmo positivamente, é perigo grave. Por tal razão, talvez, tenha o Tribunal Constitucional Português preferido empregar a expressão *obrigação de diferenciação* em seus acórdãos.

A discriminação indireta permanece na estrutura social ainda quando juridi-

camente o tratamento determinado é igualitário por meio de ações negativas, porquanto se expressa em padrões culturais, para além da conduta individual de cada um, de maneira mais sutil e velada. "É o caso das mulheres ou dos membros de uma categoria racial, que enfrentam barreiras invisíveis, porém intransponíveis, para alcançar ocupações de maior prestígio social, recompensa econômica e posição socialmente mais valorizada. Neste caso, o conceito de igualdade de oportunidades está centrado nos resultados mais do que na justiça de procedimentos."⁴⁰

Visa a discriminação positiva enfrentar um processo de complexidade ampla, identificado em níveis distintos como discursivo, normativo, social, subjetivo, modificando a visão de mundo em dado momento histórico, para estabelecer uma nova organização social não excludente, promovendo uma maior *representatividade em todas as ocupações e posições sociais* de grupos minoritários, como negros, asiáticos, mulheres, deficientes físicos.

É o enfrentamento de um sistema de relações pessoais marcado pela desigualdade cultural, com o intuito de eliminar obstáculos consolidados e superar defasagens através de ações corretivas temporárias, que deixarão de vigorar tão pronto seja ultrapassada a situação desfavorável e desigualadora. As normas são compatíveis com o princípio da igualdade, justificando-se, consoante salienta PIRES, pela "obriga-

38. TORRINHA, Francisco. *Dicionário latino português*, p. 261.

39. PIRES, Maria José Morais. A "discriminação positiva"..., p. 17.

40. VALENZUELA, María Elena. *Igualdade de oportunidades...*, p. 164.

ção de diferenciação” segundo critérios de racionalidade e conforme o princípio da proporcionalidade a fim de instituir uma sociedade democrática, mediante compensações históricas passadas.⁴¹

Em sendo uma sociedade de trabalho, a maioria das ações afirmativas acaba centrada no enfrentamento de condições de acesso e promoção no mercado de trabalho, ainda que possa trilhar os caminhos da via política, garantindo a igualdade de oportunidades na inserção econômica e melhores retornos financeiros. Neste caminho seguiu a Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho – OIT:

“Os Estados devem formular uma política nacional que promova a igualdade de oportunidades, com objetivo de eliminar toda forma de discriminação em matéria de emprego e ocupação. Entende-se por ‘discriminação’ qualquer distinção, exclusão ou preferência por motivos de raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social que tenha por efeito anular a igualdade de oportunidades ou de tratamento no emprego e na ocupação ou torná-la mais difícil de aplicar.”

3. A implementação de políticas de igualdade de oportunidades entre os sexos através de programas de ação afirmativa ocorreu com grande impulso nos Estados Unidos.⁴²

Na Convenção de 1787 os artigos da Confederação não providenciaram suficien-

tes liberdades civis aos cidadãos. Assim, em 1789 foi elaborada uma Constituição com 27 emendas, das quais as primeiras 10 emendas acabaram por ser conhecidas por *Bill of Rights*.

Dentre as 15 emendas à Constituição dos EUA que surgiram em consequência da vitória do norte na guerra civil, impondo restrições ao sul, a 14ª emenda, ratificada em 09 de julho 1868 e aprovada no congresso em 13 de junho de 1866, estabeleceu a *equal protection clause*, nos seguintes termos:

“All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor to deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.”

O Presidente Franklin D. Roosevelt, pela primeira vez em 1941, reconheceu publicamente que as minorias raciais e étnicas eram excluídas das oportunidades de emprego, ao emitir a Norma Executiva nº 8.802, exigindo que as empregadoras com contratos com órgãos federais da área da segurança se comprometessem a não segregar na política de admissão de pessoal. A norma citada criou o *Committee on Fair Employment Practice*, numa tentativa de re-

41. PIRES, Maria José Morais. A “discriminação positiva”..., p.12-3.

42. Na União Européia, diretrizes como a 117/75, 207/76, 7/78, baseadas no art. 119, do Tratado de Roma geraram um arcabouço para estabelecimentos de ulteriores programas de ação sobre a promoção da igualdade de oportunidades para as mulheres, desde 1982 até 2000. VOETS, Martine. *A estratégia européia...*, p. 21-39.

gulamentar a igualdade de oportunidades no emprego.

5. A política de *affirmative action* se desenvolve nos Estados Unidos, entretanto, somente a partir dos anos 60, com a pretensão de assegurar às minorias, nomeadamente à população negra, mulheres, latinos, afro-americanos e asiático-americanos, um estatuto social mais justo e uma representatividade mais alargada, para compensação de discriminações históricas passadas, por causas econômicas, razões políticas ou de nacionalidade, embora não sem objeções.⁴³ No passado, tanto mulheres como negros nunca haviam sido tratados dentro de preceitos de verdadeira cidadania social; até o início do século as mulheres não podiam ser titulares de cargos de confiança no governo, nem os escravos exercer o direito público de ação.

O Presidente John F. Kennedy editou a Norma Executiva nº 10.925, em 1961, empregando pela primeira vez a expressão *affirmative action* instruindo as empresas empregadoras do país com contratos federais a adotar "ação afirmativa para garantir empregos aos que se candidatassem, e que não fossem discriminados por raça, cor, religião, sexo ou nacionalidade enquanto estivessem a seu serviço". A norma criou nesta perspectiva a *Equal Employment Opportunity Commission*, encarregada de fiscalizar atitudes discriminatórias nas práticas de emprego, estabelecendo penalidades para o descumprimento.

Por meio do disposto no Título VII do *Civil Rights Act*, de 1964, restou coibida

a discriminação em empresas de mais de 15 (quinze) empregados, mesmo não contratados pelo governo, a ser controlada e fiscalizada pela instituída *Equal Opportunity Commission*. O art. VII foi ratificado em 02 de julho de 1964 e, estabelecendo que nenhum grupo pode receber preferência, forneceu a base legal no setor privado para toda ação afirmativa relacionada ao emprego de mulheres na América do Norte. Restou determinado igualmente que o governo e as organizações com contratos federais deveriam desenvolver ações para assegurar um trato justo aos empregados atuais ou futuros, de quaisquer dos grupos minoritários com o escopo de modificar a composição da força de trabalho, refletindo a composição da sociedade. Numa primeira fase, o empregador deveria determinar se o grupo de trabalhadores nas categorias ocupacionais refletia a importância destes na força de trabalho, segundo o sexo, raça ou origem étnica, levando-se em conta as qualificações do grupo. Numa segunda fase, se constatada uma desigualdade com a oferta de mão-de-obra, seriam desenvolvidos esforços nos processos de admissão e promoção de trabalhadores, para assegurar igualdade de oportunidades de forma representativa de todos os grupos minoritários integrantes da sociedade. Como procedimentos adequados estavam tanto os programas de treinamento como critérios diferenciadores de seleção para correção das disparidades, estabelecimento de gratificações como fator de fomento utilizando o gênero e estabelecimento de um sistema de cotas para garantia automática de seleção

43. PIRES, Maria José Morais. A "discriminação positiva"..., p. 26.

de trabalhadores representativos de grupos minoritários.

Em 1965 o Presidente Lyndon Johnson assinou a Norma Executiva nº 11.246 que prescrevia a exigência pelas empreiteiras da adoção de ações afirmativas para elevação da quantidade de minorias em seu contingente de pessoal e barrava a discriminação por raça, cor, religião e nacionalidade nas repartições federais, empreiteiras e subempreiteiras que prestavam serviço ao governo federal. O cumprimento da norma era fiscalizado pelo *Office of Federal Contract Compliance Programs – OFCCP*. Posteriormente a norma foi ampliada, já em 1967, para abranger também as mulheres, passando a constituir-se como Norma Executiva nº 11.246.

Em 1969 o Departamento do Trabalho dos Estados Unidos denunciou a discriminação racial na indústria da construção, levando o Presidente Nixon a desenvolver o “Plano Filadélfia”, dando início a uma série de metas e cronogramas para aferir o progresso na contratação de trabalhadores negros; em um ano a porcentagem de negros subiu de 1% para 12%. No ano seguinte, o Presidente estendeu o plano para todas as empreiteiras que contratavam com o governo e quatro anos após para as mulheres como destinatárias. Atualmente, segundo PATE, por regulamentação federal, qualquer empresa contratada pelo governo que empregue 50 (cinquenta) ou mais empregados ou cujo contrato exceda a US\$ 50.000 deve obrigatoriamente adotar um

programa de ação afirmativa.

A prática de ações que reconheçam a diversidade de oportunidades entre os sexos permitiria fosse atingida a igualdade. Ademais, a ação afirmativa acabou por ser recebida como um instrumento eficaz de gestão de recursos humanos.⁴⁴

5. Afinal, discriminar é positivo? A questão da discriminação inversa

1. A discriminação positiva é a adoção de regras jurídicas que prevêem um tratamento desigual para certos grupos minoritários desfavorecidos ou pessoas vítimas de segregação, com fito de garantir-lhes igualdade de oportunidades na estrutura social. A adoção da ação afirmativa permitiu, por exemplo, o estabelecimento de um acordo entre as organizações sindicais de trabalhadores e empregadores sobre *licença parental*, por meio de uma recomendação promulgada pelo Conselho de Ministros na União Européia, em 1996, mediante o qual foi conferido aos trabalhadores “(...) de ambos os sexos um ‘direito individual à licença parental, com fundamento no nascimento ou na adoção de um filho, para dele poderem cuidar durante pelo menos três meses até uma determinada idade que pode ir até os 4 anos de idade, a ser definida pelos estados-membros e/ou parceiros sociais”.⁴⁵

Ocorre que as ações afirmativas, de natureza compensatória, em especial atra-

44. VOETS, Martine. *A estratégia européia...*, p. 33.

45. VOETS, Martine. *A estratégia européia...*, p. 28.

vés do sistema de cotas, tanto cotas de resultado como cotas flexíveis, acabaram também por gerar situações inversas de discriminação, como no caso *Kalanke*, em que a Corte Européia de Justiça julgou uma questão prejudicial apresentada perante o Tribunal Federal do Trabalho, ao apreciar e afastar um modelo de sistema de cotas vigente no Estado de Bremen, Alemanha, que dava preferência absoluta e incondicionada de promoção às mulheres, no caso de candidatos de igual qualificação, por entender que infringia o princípio da igualdade de tratamento.⁴⁶

2. As leis dos anos 60 e 70 formaram o arcabouço para consolidação dos programas de ação afirmativa que foram estruturados e mais recentemente delimitados nas decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos.

A Suprema Corte somente a partir dos anos 70 é que passou a admitir programas compensatórios ou corretores de desigualdades passadas destinados às mulheres, julgando-os constitucionais por não violarem a *Equal Protection Clause* (*no State shall (...) deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws*), desde que demonstrado "*a compelling governmental interest*", baseado em comprovada "*prior ou past discrimination*" que justificasse tal medida, que deveria ser estritamente adaptado (*narrowly tailored*) para realizar as propostas corretivas, verificadas mediante um exame minucioso e rigoroso (*strict scrutiny*).

Paulatinamente as decisões acabaram por limitar os programas de ação afirmativa, reafirmando que "*preferential programs may only reinforce common stereotypes holding that certain groups are unable to achieve success without special protection based on a factor having no relation to individual worth*" (438 US 298) e reconhecendo uma situação inversa de discriminação.

Em junho de 1978, ao decidir o caso *Regents of the University of California v. Bakke* (438 US 265), o Tribunal considerou o sistema de cotas (16 em 100 vagas) adotado pela Faculdade de Medicina em Davis para minorias raciais (negros, chicanos, asiáticos, indígenas americanos) e grupo economicamente e/ou educacionalmente em desvantagens intoleráveis. A Corte deliberou, por cinco de seus membros, que o argumento da Universidade de que iria reduzir o déficit histórico de minorias desfavorecidas nas faculdades de medicina e na profissão médica não justificavam um plano que elimina completamente não minoritários de qualquer consideração em uma porcentagem específica de oportunidades. Bakke era um candidato branco que se sentiu discriminado pelo programa especial de admissão ao qual se inscreveu por duas vezes e recorreu para postular sua admissão na universidade sob alegação de que fora excluído com base na raça, embora tivesse escores mais altos do que os que foram admitidos, o que violava a *equal protection clause* da 14ª emenda, a Constituição da Califórnia e o § 601 do Título VI do *Civil Rights Act* de 1964. A Corte acolheu a tese de que "(...) racial

46. VOETS, Martine. *A estratégia européia...*, p. 32.

and ethnic distinctions of any sort are inherently suspect and thus call for the most exacting judicial examination (...)" pelo que decidiu por "(...) invalidates petitioner's special admissions program (...) insofar as it prohibits petitioner from taking race account as factor in its future admissions decisions". O caso demarcou o início de uma série de decisões contrárias à ação afirmativa, revelando o acolhimento de petições de "discriminação inversa".

Em 1986, como já advertira indiretamente a Corte no caso *United Steel Workers v. Weber* em 1979, ao apreciar o caso *Wygant v. Jackson board of education et al.* (476 US 267) em que a Delegacia de Educação do Mississippi havia adotado um programa de ação afirmativa para admissão de professores negros e, no momento de demitir adotou como critério porcentagem idêntica de brancos e negros abrangidos pela decisão de forma a manter os efeitos benéficos da discriminação positiva anterior. A Corte decidiu que as ações afirmativas devem estar justificadas por uma finalidade obrigatória e os meios eleitos pelo Estado para o atendimento deste escopo devem ser interpretados estritamente, mediante um exame minucioso e rigoroso, sendo que apenas uma discriminação social isoladamente considerada é insuficiente como propósito. A Corte decidiu, reiterando manifestação anterior do Juiz Powell no caso *Bakke*, que "(...) societal discrimination, without more, is too amorphous a basis for imposing a racially classified remedy". Deve haver uma evidência convincente de discriminação anterior pela unidade governamental envolvida antes de permitir o uso limitado de classificações raciais como remédios para tais discriminações.

O sistema de cotas como ação afirmativa para negros foi mantido pela Corte no caso *United States v. Paradise* (480 US 149), em 1987, porquanto restou comprovado historicamente que o Alabama havia discriminado negros contratados pela polícia estadual, mesmo se desproporcional à representatividade. Assim, decidiu que "(...) the one-black-for-one-white promotion requirement is permissible under the Equal Protection Clause of the Fourteenth Amendment (...) is narrowly tailored to serve its purposes (...) is necessary to eliminate the effects of the Department's long-term, open, and pervasive discrimination". Na determinação se a ação afirmativa é apropriada para remediar, a Corte afirmou que deveriam ser buscados diversos fatores, inclusive a eficácia de remédios alternativos.

Ao deliberar sobre causa que envolvia relação de gênero, no caso *Mississippi University for women v. Hogan* (458 US 718), em 1982, em que era questionado por um candidato masculino a existência de instituição de ensino superior pública de enfermagem exclusivamente para mulheres, a Corte deliberou que havia violação à *Equal Protection Clause* da 14ª emenda e a classificação por gênero somente seria válida se houvesse prova de que a ação pretendida compensaria as mulheres por uma discriminação passada sofrida no exercício daquela profissão ou na educação, em oposição a uma discriminação mais generalizada no mercado de trabalho. Afirmou o julgado que "(...) rather than compensating for discriminatory barriers faced by women, MUW's policy tends to perpetuate the stereotyped view of nursing as an exclusively women's job".

A Suprema Corte estabeleceu nova limitação através do julgamento (1989) do caso *City of Richmond v. J. A. Croson Co.* (488 US 469), ao apreciar a lei municipal que criou um *Minority Business Utilization Plan*, pela qual as empresas de construção que mantêm contratos com o município eram obrigadas a subcontratar, no percentual de 30% do valor em dólar do negócio entabulado, outras de propriedade de negros, hispânicos, orientais, indianos, esquimós ou aleútes – *Minority Business Enterprises (MEB's)*. O Tribunal invalidou o plano ante a inexistência de evidências de concretas e comprovadas discriminações passadas na indústria de construção da cidade, bem como permitir que outros cidadãos, de outras cidades viessem a ser subcontratados, apenas porque pertenciam aos grupos minoritários. Ao apreciar a discriminação inversa, asseverou que “*classification based on race carry a danger of stigmatic harm. Unless they are strictly reserved for remedial settings, they may in fact promote notions of racial inferiority and lead to politics of racial hostility*”.

3. As políticas de discriminação positiva não tiveram em todos os países o mesmo impacto, nem foram recebidas sem duras críticas e oposição. Segundo

VALENZUELA “(...) os efeitos das políticas de intervenção nos países em que os salários são negociados diretamente entre trabalhadores e empregadores são menos claros”.⁴⁷

Mais de quatro décadas de ação afirmativa nos Estados Unidos não foi suficiente para eliminar a segregação de gênero. Na construção civil, em 1995, as mulheres representavam apenas 2,1% da força de trabalho. As diferenças de remuneração ainda permanecem com desvantagens para a condição feminina, que recebe tão-só US\$ 0,72 por cada dólar recebido por trabalhadores masculinos. Ainda segundo PATE, relata o Departamento de Trabalho dos Estados Unidos (*Glass Ceiling⁴⁸ Report*)⁴⁹ que as mulheres compunham em 1995 o percentual de 46% da força de trabalho embora somente 5% estavam em cargos de chefia nas mil empresas de serviço industrial indicadas pela revista *Fortune*.⁵⁰

Os resultados da adoção de sistema de cotas foram mais profícuos para as situações de segregação racial do que em desigualdades de gênero, ao passo que as políticas de igualdade salarial para trabalhos de igual valor, mediante edição de regras jurídicas de combate, foram mais eficientes.⁵¹

47. VALENZUELA, María Elena. *Igualdade de oportunidades...*, p. 167.

48. O “telhado de vidro” refere-se a obstáculos invisíveis, artificiais e discriminatórios que impedem a ação de pessoas qualificadas; as barreiras resultam de práticas psicológicas e institucionais e limitam a oportunidade de minorias. PATE, Kimberly. *Ação afirmativa...*, p. 100.

49. A comissão, estabelecida pelo art. II, do *Civil Rights Act* de 1991, era composta por 21 membros, bipartite, indicada pelo Presidente Bush e líderes do Congresso Nacional, com mandato legislativo para estudar as barreiras que impedem a promoção de grupos minoritários, informar ao público quem é afetado pelas barreiras de vidro e quais as soluções para evitar a discriminação. PATE, Kimberly. *Ação afirmativa...*, p. 101.

50. PATE, Kimberly. *Ação afirmativa...*, p. 95.

51. VALENZUELA, María Elena. *Igualdade de oportunidades...*, p. 168.

Ocorre que o mercado de trabalho não é somente o espaço de troca ou intermediação de força de trabalho por remuneração, senão ainda o ambiente em que se travam relações sociais e "(...) geram impactos inesperados sobre os valores sociais (...)".⁵²

Há grande controvérsia atual sobre a eficácia das medidas de ação afirmativa em relação à segregação sexista, a ponto dos Estados Unidos da América estarem revisando suas políticas de discriminação positiva, mencionando inclusive a instituição de uma *discriminação inversa*. Conta PATES que um dia após o Presidente Clinton ter anunciado o diálogo nacional, um grupo de congressistas apresentou um projeto de lei *Civil Rights Act 1997* que pede o fim da utilização de gênero e raça em programa federal, ajudando a mobilizar a opinião pública contra políticas de ação afirmativa. Neste sentido também a Proposição nº 209 do Estado da Califórnia para abolir a ação afirmativa pelo Estado: "O Estado não discriminará ou dará tratamento preferencial a qualquer indivíduo ou grupo tendo como referência raça, sexo, cor, etnia ou nacionalidade em empregos, escolas e contratações públicas".⁵³

É que ao mesmo tempo em que as ações afirmativas atuam no mercado formando segmentos de protegidos, criam-se

resistências à intervenção em favor destes grupos. Ademais, o impacto social continua na medida em que o fator discriminador eleito – gênero ou raça – perpetua o tratamento distintivo, apenas que estabelece uma inversão.

Ao contrário do que se poderia supor, as ações afirmativas não determinam uma simples e pura eleição de gênero, vedada pelo princípio da isonomia, mas uma preferência entre os igualmente qualificados para os que historicamente vêm sendo segregados ou são sub-representados; assim, pessoas não qualificadas não são contratadas ou promovidas tão-só pelo sexo para atender ações afirmativas. Nestes sentido aduz PATE que é "(...) explicitamente ilegal estabelecer cotas e preencher postos de trabalho utilizando como referência somente a raça ou o gênero do candidato".⁵⁴

Desta forma, sendo a qualificação, habilidades ou educação enquanto origem da segregação anterior à contratação ou promoção, não determinam a superação da discriminação. Somente atenderia a ação afirmativa situações puramente culturais que representam apenas uma parcela das situações de segregação.

Ademais, a discriminação não é um fenômeno jurídico que, com a mudança da legislação seja possível modificar, mas um

52. VALENZUELA, María Elena. *Igualdade de oportunidades...*, p. 169.

53. PATE, Kimberly. *Ação afirmativa...*, p. 105-109. A administração Clinton se opôs à proposição formalmente e a declarou inconstitucional, criando um lema: *mend it, don't end it*.

54. PATE, Kimberly. *Ação afirmativa...*, p. 95. "As cotas são ilegais em programas de ação afirmativa. O que realmente ocorre é que os patrões estabelecem metas ou objetivos para empregar mulheres e minorias e o espaço de tempo dentro do qual devem atingir aquelas metas. Não existem penalidades legais caso os objetivos não sejam atingidos, desde que haja boa vontade e esforço para alcançá-los." *Aut. cit. Op. cit.*, p. 96.

fenômeno social que somente poderá ser tratado nesta seara. A vontade pública de instituição de políticas anti-discriminatórias, ainda que por ações positivas, dependem do reconhecimento da existência de desigualdades de gênero e da autopercepção das vítimas de segregação. Nos Estados Unidos a *Federal Glass Ceiling Commission* concluiu que a baixa representatividade das mulheres não tinha relação com a desqualificação, mas com o preconceito, estereótipos sociais negativos.⁵⁵

Por conseguinte, mais importante do que eventuais ações afirmativas estabelecidas por meio de políticas públicas, o combate à segregação de gênero depende da percepção subjetiva da situação de desvantagem real, que impede uma efetiva mobilização social.⁵⁶ Trata-se do fenômeno descrito como *relative deprivation*, segundo o qual "(...) para que um indivíduo se sinta discriminado, deve desejar uma posição superior, sentir que tem méritos e que é possível alcançá-la, comparar-se com outros e não se culpar pela sua situação de inferioridade".⁵⁷ Não por outro motivo que relata VALENZUELA que quando os trabalhadores percebiam que as mulheres haviam sido admitidas não por seus méritos, mas em decorrência da condição feminina em políticas de ação afirmativa, as expectativas quanto ao trabalho eram baixas, dificultando a permanência da prestação de trabalho.

A alienação decorrente de fatores cognitivos determina que as mulheres se espelhem como trabalhadoras que não somente aceitam, mas acreditam que seu trabalho merece salário menor que o dos homens, pois tomam quase sempre como critério de comparação e paradigma não a situação masculina, mas a de outras mulheres em igualdade de condições, mascarando então a desigualdade pela identidade segregacional. Ademais, como ressalta VALENZUELA, embora a situação feminina esteja melhorando, não há um modelo, um referencial de igualdade no passado que se procure restabelecer, ao contrário do que ocorre nas discriminações de raça, em que negros buscam na compensação histórica o retorno à situação de liberdade usufruída antes da escravidão. Não existem, ademais, hipóteses abertamente discriminatórias, visivelmente hostis à condição feminina como denunciam algumas situações racistas, de forma que dificilmente resulta em uma insurgência diante de um sentimento de injustiça que se apresenta; no mais das vezes a questão sexista é velada, não revelada, operando como um "não-fenômeno".⁵⁸

Fatores motivacionais levam à assunção de culpa da mulher que ingressa no mercado de trabalho e "abandona a família", relutando a segregada a identificar-se como vítima para se autopreservar e

55. E também com as técnicas de recrutamento e promoção, rigidez institucional, falta de acesso à orientação profissional. PATE, Kimberly. *Ação afirmativa...*, p. 101. Para o relatório, <http://www.irl.cornell.edu>.

56. VALENZUELA, María Elena. *Igualdade de oportunidades...*, p. 169.

57. VALENZUELA, María Elena. *Igualdade de oportunidades...*, p. 170.

58. VALENZUELA, María Elena. *Igualdade de oportunidades...*, p. 171.

apontar outros indivíduos ou grupos como responsáveis pela sua situação; não se pode olvidar que o núcleo da discriminação de gênero reside na divisão sexual do trabalho tomada como um dado em si, cultural, vista como problema de impossível solução ou modificação. "É necessário que o fenômeno da desigualdade adquira maior visibilidade social e que seja reconhecida a responsabilidade que cabe ao Estado e aos diversos grupos sociais na geração da desigualdade e, portanto, na adoção de políticas para promover uma maior igualdade."⁵⁹

A capacidade transformadora da segregação não está no homem que é, inclusive, partícipe da própria identidade feminina (não em comparação, pela diferença, mas por completude: "si mesmo como outro")⁶⁰ mas na rejeição da auto-reprodução da segregação pelas próprias mulheres, em especial no ambiente familiar.⁶¹ Antes de criar mecanismos externos de promoção de igualdade, é necessário sentir-se igual, desejar ser igual, crer na igualdade, convertendo a consciência de si mesma em um motor que propulsiona por diversos mecanismos de pressão social a igualdade de oportunidades e o reconhecimento da dignidade e o orgulho de ser mulher.

Referências bibliográficas

ABRAMO, Laís. "A situação da mulher latino-americana: o mercado de trabalho no contexto da reestruturação". In DELGADO, Didice G.

ANDRADE, Vera Regina Pereira. "Violência contra a mulher e controle penal". In *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina*. Florianópolis, v. 1, 1998, p. 207.

ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 1999, p. 105-111.

ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Nova cultural, 1999, p. 226-234.

BESTER, Gisela Maria. "Globalização e previsão de ações afirmativas para a proteção do trabalho das mulheres nas constituições dos países integrantes do mercosul". In *Síntese Trabalhista*, nº 114, dez/1998, p. 146.

BOURDIEU, Pierre. *La dominación masculina*. Barcelona: Anagrama, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. atualizada. Coimbra: Almedina, 1993, p. 563-572.

CAPPELLIN, Paola; SOARES, Vera. (Org.) *Mulher e trabalho: experiências de ação afirmativa*. São Paulo: Boitempo, 2000, p. 111-134.

LAVINAS, Lena. "As recentes políticas públicas de emprego no Brasil e sua abordagem de gênero". In POSTHUMA, Anne Caroline (Org.). *Abertura e ajuste do mercado de trabalho no Brasil: políticas para conciliar os desafios de emprego e competitividade*. Brasília: OIT e Mte; São Paulo: Editora 34, 1999, p. 179-203.

"Modo de produção, desenvolvimento, subdesenvolvimento". In *Enciclopédia Einaudi*. Lisboa: Imprensa Oficial, Casa da Moeda, 1986, v. 7, p. 1-62.

OPPENHEIM, Felix E. "Igualdade". In BOBBIO, Norberto; MATTUECCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 9. ed., Brasília: UnB, 1997, v. 1, p. 597.

PATE, Kimberly. "Ação afirmativa nos Estados Unidos". In DELGADO, Didice G.; CAPPELLIN,

59. VALENZUELA, María Elena. *Igualdade de oportunidades...*, p. 173.

60. RICOEUR, Paul. *Si mesmo...*, p. XIII-XIV.

61. Embora para Pierre Bourdieu, "[...] la perpetuación de esta relación de dominación no reside realmente, o no fundamentalmente, en uno de los lugares más visibles de su ejercicio, es decir, en el seno de la unidad doméstica". BOURDIEU, Pierre. *La dominación...*, p. 15.

- Paola; SOARES, Vera. (Org.) *Mulher e trabalho: experiências de ação afirmativa*. São Paulo: Boitempo, 2000, p. 85-110.
- PIRES, Maria José Moraes. "A 'discriminação positiva' no direito internacional e europeu dos direitos do homem". *Documentação e direito comparado: boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, 1995, p. 7-79.
- RICOEUR, Paul. *Si mesmo como outro*. Madrid: Siglo veintiuno, 1996.
- TORRINHA, Francisco. *Dicionário latino português*. 7. ed., Porto: Gráficos reunidos, 1999, p. 261.
- VALENZUELA, María Elena. "Igualdade de oportunidades e discriminação de raça e gênero no mercado de trabalho no Brasil". In POSTHUMA, Anne Caroline (Org.). *Abertura e ajuste do mercado de trabalho no Brasil: políticas para conciliar os desafios de emprego e competitividade*. Brasília: OIT e Mte; São Paulo: Editora 34, 1999, p. 149-178.
- VOETS, Martine. "A estratégia europeia para a ação afirmativa". In DELGADO, Didice G.; CAPPELLIN, Paola; SOARES, Vera. (Org.). *Mulher e trabalho: experiências de ação afirmativa*. São Paulo: Boitempo, 2000, p. 21-39.